

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

图书基本信息

书名：<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

13位ISBN编号：9787309068290

10位ISBN编号：7309068297

出版时间：2009-9

出版时间：复旦大学出版社

作者：刘志刚

页数：302

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

前言

2001年，以“齐玉苓诉陈晓琪”案为契机，学界开始讨论“宪法的司法化”问题。

在讨论过程中，“宪法的私法适用问题”引起了一些学者的关注。

时隔数年之后，围绕《物权法》制定过程中出现的宪法与民法关系再次引起学界的广泛讨论，而且，参与面之广，远远超过了前者。

在这一过程中，宪法、进而立宪主义开始引起人们的广泛关注，相较于以往那种宪法默然静处在根本法神坛之上的状态而言，这无疑是一件令人欢欣鼓舞的事情。

然而，在讨论中也出现了一些令人担忧的问题：这一方面表现为由于学科之间对话机会的贫乏而造成的“学科隔膜”状态；另一方面表现为宪法学界对相关问题的“应对匆忙”的现象，缺乏系统的理论解释和论证。

因此，如何来克服和消减上述现象就成为宪法学人所必须面对的理论与实践命题。

这固然需要创设和增加学科之间的对话机会，但更加需要夯实学科自身的理论基础，而且，在缺乏司法操作机制的背景下，这一任务显得尤为艰巨。

反观中国立宪主义的发展路径，由于特殊社会背景与结构，中国走的是一条迥异于西方国家的“政府推进型”宪政发展道路。

这势必使得政府在追求立宪主义的历程中发挥着至关重要的作用。

无论是经济的发展还是政治制度的架构，表现出浓厚的政府的干预色彩。

因而，基于宪政发展的需要而由政府对社会施加的种种干预形成了“国家至上”主义传统。

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

内容概要

宪法与民法的关系是宪法学理论研究中的一个重要命题，对该命题的研究直接关涉到宪法学中一系列基础理论的展开。

作者将宪法与民法的关系置于立宪主义的语境之下，从宪法与民法的关系概说、宪法与民事立法的关系、宪法与民事法律行为的关系、宪法与民事司法的关系等四个方面系统地分析论证了宪法在私法领域中的作用。

在这一过程中，作者依托相关的理论背景，对近年来我国立法和司法实践中所发生的一些热点问题进行了深入的分析，提出了一些个人的观点。

该书的内容对于从跨学科的角度分析、解读宪法与民法的关系具有一定的积极意义。

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

作者简介

刘志刚，男，原籍河北武安，1971年出生于河南安阳。

1999年、2002年先后毕业于中国人民大学法学院，获得法学硕士、法学博士学位。

2002年进入武汉大学法学院博士后流动站从事博士后研究。

2004年博士后出站后于复旦大学法学院任教至今。

自1996年以来，长期致力于宪法学与行政法学方面的基础理论研究。

目前已经出版个人学术专著2部，在国家法学核心以上杂志发表论文40余篇，主持国家省部级项目多项。

。

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

书籍目录

第一章 立宪主义语境下宪法与民法的关系概说 第一节 立宪主义的基本精神 一、古代社会的政治哲学 二、近代立宪主义政治哲学的产生 三、近代立宪主义政治哲学的成熟和完善 第二节 立宪主义由以存在的社会基础 一、市民社会的基本含义 二、市民社会与政治国家的关系 三、市民社会与政治国家的分离和互动是立宪主义由以存在的社会基础 第三节 国内学者视野中的公法与私法关系问题 一、公、私法分类由以存在的社会基础——市场经济目标模式的确立 二、国内法学界关于公、私法分类问题的讨论 三、国内法学界关于公法与私法关系问题的讨论 第四节 国内法学界关于宪法与民法关系的论争 一、中国传统宪法学理论关于宪法与民法关系的观点 二、20世纪90年代民法学界提出的“民法优位论”、“民法与宪法平行论”与我国宪法学界对其所作的滞后回应 三、“宪法司法化”第一案之后我国宪法学界对宪法与民法关系的自省与反思 四、巩献田教授公开信发表后宪法学者的针对性回应和民法学者再度提出的“民法优位论”和“宪法与民法平行论” 五、梁慧星教授文章发表后宪法学界对宪法与民法关系问题的回应 第二章 宪法与民事立法的关系 第一节 民法的性质与调整对象概述 一、民法的性质 二、民法的调整对象 第二节 宪法的性质 一、宪法的公法性质是确保作为现代法制之基础的公、私法分类的前提 二、福利国家时代公法、私法的混合与交融不能抹杀宪法的公法性质 第三节 宪法与民法关系在民法制定方面的话语基础 一、“根本法”的内涵 二、“母法”的实质性内涵 第四节 宪法与民事立法之间关系所发生的场域 一、宪法中的哪些内容对民事立法具有影响 二、在民事立法方面，宪法对民法中的什么内容具有影响 第五节 作为公法的宪法是私法的制定基础 一、古典自然法理论不足以作为“私法优位论”的基础 二、民法典的功能不足以防范来自国家公权力的侵害，宪法是私法由以自治的基础 第六节 宪法对民事立法的影响有不同的方式 一、宪法中应该有关涉经济内容的规定，但以宪法为制定根据的民法并不需要重复宪法中的相关内容 二、宪法中关涉财产权的规定是民法的制定依据，后者需要对其加以充实和具体化 第三章 宪法与民事法律行为的关系 第一节 基本权利与私法权利 一、权利的含义及其在近代的出现 二、权利由以存在的根据及基本权利作为私法权利存在根据的正当性 三、基本权利与包括私法权利在内的法律权利的区别 第二节 民事法律行为概说与基本权利相较于民事行为的意义 一、民事法律行为的历史沿革 二、民事法律行为的适用范围及其调整方式 三、民事权利的功能与基本权利对民事行为的意义 第三节 基本权利在民事法律行为领域的适用 一、国家涉足民事行为领域的背景及原因 二、国家涉足民事行为的领域及基本权利在该领域的适用 三、基本权利对国家所为之民事法律行为的适用 四、基本权利对私人在传统公共行政领域所为之私法行为的适用 第四章 宪法与民事司法的关系 第一节 宪法“司法”适用问题在中国的提出 一、“齐玉苓诉陈晓琪等侵犯姓名权、受教育权案”的案情 二、“齐玉苓”案引发的宪法司法适用方面的讨论及学术界的相关观点 第二节 宪法与民事司法关系的框架性分析 一、基本权利对司法机关效力的类型化分析 二、基本权利在民事审判中的适用问题的提出背景 三、基本权利在民事审判中原则上不能适用的原因 四、新形势下，基本权利在民事审判中被适用的原因 五、基本权利在民事审判中适用的比较分析 第三节 基本权利在民事司法中适用的具体问题 一、民法的法律渊源与民事审判的法律依据 二、国内语境下对民事审判中基本权利的适用及其范围的分析 三、基本权利在民事审判中与其他规则形式的关系调适问题 四、基本权利在民事审判中的适用管道后记

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

章节摘录

第一章立宪主义语境下宪法与民法的关系概说第一节立宪主义的基本精神宪法和立宪主义是宪法学的基础概念，两者从不同的侧面反映了国家与社会生活之间的相互关系。

“如果说宪法概念表现一种静态的价值体系的话，立宪主义概念则反映一种指导社会生活的动态价值体系。

”民主社会发展到今天，制定宪法、建构立宪主义政体已经成为世界各国的一种共性的价值追求，是否制定了一部具有正当性的宪法、是否以立宪主义为政治建构的目标是民主化时代人们评判特定政体是否具有正当性的基本指标。

基于宪法、立宪主义所具有的褒义性，二者被当作一个时髦的标签随意套用，以至于在外观和性质上截然不同的政体都能够以立宪主义政体而自诩。

然而，就在人们基于不同的目的而竞相使用上述两个术语并近乎达到泛滥程度的时候，“宪法”和“立宪主义”的确切含义却逐渐被人所淡忘。

荷兰学者马尔塞文指出：“宪法和宪政之间的旧有的联系正在受到怀疑……宪法逐渐地在各种不同的政治制度中发挥作用已经变得很明显了……再也没有必要把宪法的存在看作从属于特定的思想前提，看来宪法能够为每一种政治思想服务。

”此语可谓深刻！

在宪法和立宪主义的大旗已经插满世界绝大多数国家并近乎“红旗满山”的时候，以立宪主义为制度依归的我们不能满足于立足于这种表面繁荣基础之上的津津乐道，而应该拨开这种不时清风拂面的立宪主义面纱，透视和探究特定制度背后所蕴藏的立宪主义本质。

诚然，语言是一种开放的结构体系，随着时代的变迁，特定名词术语中不时会添附一些新鲜的语义。

然而，这种基于时代的变幻而施加的添附并不意味着从根本上背离特定术语之先前的本意。

如果那样的话，还不如从根本上加以推翻或者以一个新的范畴加以取代。

作为一种语言存储系统，特定名词术语的含义是以往历史经验的凝结，它汇集了特定时代人们的精神理念和价值诉求，是延承过去、展望未来的一个载体。

如果将这种汇集了特定价值诉求的载体随意套用，甚至施加于与之秉性完全不同的事物的时候，这种原本清晰的话语体系就会在结构上彻底坍塌。

在政治层面，甚至会引发体制上的混乱。

说到底，这是一种对民意的强奸和欺骗！

就“宪法”和“立宪主义”而言，它们具有为时代所赋予的特定价值内涵，这是人们反思过去、追求未来的精神支柱，只能指向于特定的政治内容和物质载体，而不能被当作一种政治标签随意套用，指向于任何一种思想观念。

因此，从词源学的角度，探究立宪主义的历史本义，以防止现实中这一概念在使用上的混乱和一些人的故意歪曲，就显得非常有必要。

一、古代社会的政治哲学（一）古希腊的政治哲学立宪主义是近代西方的产物，但其思想源头最早可以追溯至古希腊时期。

成型于近代西方的立宪主义不是某种单一政治思想的发展结果，而是自古希腊以来各种政治哲学相互竞争和妥协的产物。

因此，挖掘和梳理立宪主义产生的基本理路，就必须从西方政治传统的始源地——古希腊开始。

古希腊是欧洲最早进入文明社会和最早产生国家与法的地区。

与早期东方和欧洲大陆国家不同的是，古希腊建立的不是疆域性和专制性的帝国，而是城邦制国家，古希腊实际上就是由一系列面积不大、人口不多的城邦国家组成的。

与春秋战国时代的中国不同的是，古希腊地区的城邦统治者所关注的不是在既定政治结构形式下的统治方式，如礼治还是法治问题，而是在不同城邦相互竞争的背景之下，力求最适合于城邦统治的政体形式。

这种不同于东方社会的政治关注就造成了不同城邦之间在政体形式上的竞争，以及同一城邦在不同历史时期对不同政体形式的先后尝试，由此催生出了不同于古东方社会的公民政治和理性思想，并在历

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

史的长河中积淀而成了古希腊政治哲学，为近代西方立宪主义的产生提供了思想的源泉。

古希腊政治哲学的内容无疑是博大精深、丰富隽永的，但蕴涵于其思想体系中的逻辑主线却是非常清晰的，事实上，也正是在这条逻辑主线的贯穿下，才形成了为后世所延承并进而丰富和发展的立宪主义思维基点。

那么，贯穿于古希腊政治哲学的逻辑主线是什么呢？

不言而喻，就是立足于对人性反思基础之上的整体主义和个体主义的论争。

整体主义的方法论最早导源于公元前6世纪时的古希腊。

当时，古希腊城邦特别是雅典正逐步走向繁荣。

基于城邦政治的公开性特征，雅典城邦公民热衷于对城邦事务的民主参与和集体决策，由此推动了古希腊早期以整体主义为典型特色的政治哲学的产生，其典型代表就是柏拉图和亚里士多德。

柏拉图强调人的社会性，认为人天生就是政治动物或社会动物，任何个人都不是自足的，只有通过城邦生活，人类才能获得完全的自给自足，因此过一种整体的城邦生活是合乎自然的。

柏拉图指出：“我们的立法不是为城邦任何一个阶级的特殊幸福，而是为了造成全国作为一个整体的幸福。

它运用说服或强制，使全体公民彼此协调和谐，使他们把各自能向集体提供的利益让大家分享。

而它在城邦里造就这样的人，其目的就在于让他们不致各行其是，把他们团结成为一个不可分的城邦公民集体。

”显然，柏拉图所奉行的是一种整体主义的人性观，他的政治理论的核心就是探索能使整体的生活和目的影响个人的途径，国家的使命就是积极地促进整体主义的善。

亚里士多德继承了柏拉图那种整体主义的人性观，并以命题的形式指出：人是合群的动物；人是社会性的动物；人是政治性的动物。

亚里士多德在把人定为政治动物的时候，是说人是他那个特定社会整体的一部分，就是说，他深植于社会之中。

与整体主义方法论相似，个体主义方法论在哲学上的源头最早也可以回溯至古希腊。

但与整体主义方法论不同的是，个体主义方法论主要兴盛于古希腊晚期。

当时，城邦政治已趋向于没落，帝国逐步蚕食和取代了城邦政治，古希腊人逐渐丧失了先前城邦政治繁荣时期那种参与政治的权力，公民的职责只剩下单纯的服从。

个人由于不能参与公共生活，无法掌握自己的命运，也无力改变现状，只好转向个人的安身立命。

在个体主义论者看来，国家的产生是个人自利的需要，法律是个人为了功利的目的而相互约定的产物。

与整体主义论者鼓励和支持个人参与政治不同，个体主义论者劝导个人远离权力，退出公共生活，离群索居，亲近知识和智慧，以此获得内心的平静。

与先前时期相比，城邦衰落时期的哲学不再追求城邦整体的至善，而是追求立足于排斥国家侵害的个体的善。

这样一来，先前城邦政治繁荣时期那种政治哲学就实现了结构性的转变，成为一种与政治相对分开的伦理哲学。

反观古希腊时期政治哲学的发展轨迹，可以清楚地发现，伴随着古希腊城邦的繁荣和衰落，整体主义和个体主义的争论一直持续，并交替占据主导地位。

这种争论上升到政治层面，集中表现为对个人与国家之间关系的不同理解，由此为后世立宪主义的产生奠定了扎实的思想基础。

事实上，成为后世立宪主义思想基础的“对个人权利的尊重和保障”、“契约论”、“自然法”、“民主制度与理念”以及关于政体的观念等大名源生于此。

（二）古罗马的政治哲学与古希腊建立的城邦制国家不同，源起于罗马城邦的古罗马人奉行对外侵略扩张的政策，最终建立了一个以地中海为中心，横跨欧、亚、非三大洲的帝国。

这种不同于古希腊的政治实践影响了古罗马人对城邦政治的关注热情，进而形成了一种不同于古希腊的法律文化。

回顾历史，可以清楚地发现，古罗马没有产生出类同于柏拉图、亚里士多德那样的哲学大师，在政治

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

哲学方面也没有取得古希腊那样的成就，它对后世的贡献更多地表现在私法方面。

然而，古罗马人却创造了帝国这样的政治制度，建立了比古希腊城邦更为精致和稳定的政治体制，并在较大程度上克服了古希腊城邦那种与生俱来的缺陷，即安全方面的不足以自保和政治层面的过于肥大。

因此，相较于古希腊来说，古罗马的政治成就更多地表现在政治实践方面，而不是政治理论方面。

由于缺乏类同于古希腊那样的源出于自身的政治哲学，古罗马人往往自觉不自觉地援引古希腊的政治哲学来解释自身的政治法律制度。

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

后记

本书的写作想法萌生于三年前。

当时，我在写一部书稿的时候，触发了对宪法与民法之关系的一些感悟，但是，基于该书稿的内容设计及结构编排，当时的一些感想未能纳入其中。

该书付梓之后，这一问题一直萦绕在我的脑海里，久久不能释然。

在对该问题的思考过程中，又陆续产生了一些阶段性的感悟，遂以随笔和资料整合的形式逐步将其固定下来，写作的冲动愈发强烈。

但是，由于对其中一些问题的思维路径总也未能打通，也加之由于工作及生活上的一些琐事的掺入，总也不能完全静下心来、全身心地投入到对该命题的写作之中，是故对该问题的思考总也处在时断时续的状态之中。

每每思及，总感如鲠在喉，难以一吐为快。

及至今年，一个偶然的机，来到异国的一所大学做访问交流。

该所大学位于一个山谷之中，环境幽雅、气候宜人，颇为之感慨和心动，遂全身心地投入到对该问题的思考和写作之中。

经过近一个学期的闭关之后，先前困扰自己的思维结点逐一打通，形成现今书稿之形貌。

反观几近成型之书稿内容及结构编排，尽管仍存有许多不尽己意之处，然经过几个月的闭关之后，思维已进入近乎凝滞的状态，一时间也难以对书稿进行进一步的深入和拓展。

好在时日方多，待本书付梓之后，恳请学界同仁不吝指正，以求对该问题的研究逐步趋向于完善。

<<立宪主义语境下宪法与民法的关系>>

编辑推荐

《立宪主义语境下宪法与民法的关系》：法学专题系列

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>